Der Verzug des Käufers beim Spezifikationskauf.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Mommer

Referendar aus Barmen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 26. Januar 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Referent: Universitätsprofessor Dr. **Siber.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Wesen und Ursprung des Spezifikationskaufs 1
§ 2. Inhalt des Kaufvertrages und rechtliche Konstruktion . . . 4
§ 3. Das Wesen des Spezifikationsverzuges 10
§ 4. Die Klage auf Vornahme der Spezifikation 23
§ 5. Der Übergang des Wahlrechts auf den Käufer 26
§ 6. Die Rechte aus § 326 BGB. 35
§ 7. Das Recht des Selbsthilfeverkaufs 36
§ 8. Das Recht zur Klage auf Zahlung des Mindestpreises . . . 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0167

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 12 und 13.

Archiv für die ziviliſtiſche Praxis. Bd. 74, Freiburg 1889; Bd. 85, Freiburg 1895.

Bernhöft, Die Gattungsſchuld.

Bolze, Entſcheidungen des Reichsgerichts. Bd. 6, 8, 18 und 20.

Claparède, Beitrag zur Lehre vom Leiſtungsverzug. Genf 1903.

Coſack, Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Coſack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1900.

Crome, Syſtem des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Halle 1899.

Dernburg, Preußiſches Privatrecht. Halle 1897.

Dernburg, Pandekten.

Deutſche Juriſtenzeitung Jahrg. 1902.

Dormitzer, Der Spezifikationskauf. Fürth 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgeſetzbuch. Mannheim 1901.

Entwurf eines Handelsgeſetzbuchs nebſt Denkſchrift. Berlin 1897.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Endemann, Handbuch des Handelsrechts. Leipzig 1882.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Entſcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 22 und 24.

Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen. Bd. 10, 14, 24, 26, 29, 30, 37, 43, 51, 53 und 56.

Falkmann-Mugdan, Die Rechtſprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 3, 4 und 8.

Gareis, Handelsgeſetzbuch. München 1898.

Gareis, Das deutſche Handelsrecht. Berlin 1903.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 23. Stuttgart 1878.
Heymann, Die rechtliche Natur des Selbsthilfeverkaufs beim Gläubigerverzug. Rostock 1902.
Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug. Leipzig 1895.
Ihering, Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 17 und 43.
Kempner, Juristische Wochenschrift. Bd. 27. Berlin 1898.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.
Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1902.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1888.
Mommsen, Lehre von der mora. Braunschweig 1855.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1902.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1900.
Paech, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.
Protokolle des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1903.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Stuttgart 1901.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1900.
Weber, Zum Spezifikationskauf. Göttingen 1897.

§ 1.

Wesen und Ursprung des Spezifikationskaufs.

Seit der Gründung des neuen Deutschen Reiches zeigt sich ein kräftiger Zug frischen neuen Lebens auf dem Gebiete der Ausgestaltung unsers Rechts. Mit der Alleinherrschaft des alten römischen Rechts ist es vorbei, künftig soll in Deutschland ein Recht herrschen, das mit uns geboren ist und zwar im weitesten Sinne des Goetheschen Wortes. Die Gegenwart soll sich nicht mehr einem, wenn auch noch so kraft- und geistvollen, immer aber doch alten System fügen, sondern befruchtend soll das Leben auf die Rechtsentwicklung einwirken.

Immer mehr sucht daher die Gesetzgebung den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, und immer weitere Kreise der Geschäfte des täglichen Lebens zieht sie in ihren Wirkungsbereich.

In zielbewußtem Streben arbeitet ihr dabei die Praxis, die Rechtsprechung unserer oberen Gerichtshöfe, in erfolgreicher Weise vor, das festgefügte Gerüst des deutschen Rechts bis ins einzelne ausgestaltend.

Am meisten tritt naturgemäß diese Tatsache des Zusammenwirkens von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf demjenigen Rechtsgebiete in die Erscheinung, auf dem am meisten die Einflüsse des wirtschaftlichen Lebens sich Geltung zu verschaffen vermögen, nämlich auf dem Gebiete des Handelsrechts.

Allerdings läßt sich das vielgestaltige, rasch pulsierende Leben der Handelswelt nicht ganz in Paragraphen einzwängen, und so wird es stets der Rechtsprechung vorbehalten bleiben, im Streben, die freien Verträge dem System des bestehenden Rechts einzugliedern, fortbildend und weiterentwickelnd auf das Handelsrecht einzuwirken.

Immerhin aber mußten bei der Abfassung des neuen Handelsgesetzbuches doch einige, im kaufmännischen Leben besonders häufig vorkommende Rechtsgeschäfte, um allzu großen Schwankungen in der Rechtsprechung vorzubeugen, eine spezielle Berücksichtigung im Gesetz erfahren.

Zu diesen praktisch wichtigeren Geschäften rechnet das Handelsgesetzbuch auch den Spezifikationskauf,[1]) dem es in § 375 eine besondere gesetzliche Regelung zuteil werden läßt. Die Denkschrift[2]) begründet die Aufnahme dieses Paragraphen in das neue Handelsgesetzbuch damit, daß bisher der Mangel einer gesicherten Rechtsgrundlage[3]) zu erheblichen Mißständen geführt habe. Das sei namentlich von Erheblichkeit für die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Käufer sich in bezug auf die Spezifikation als säumig erweise. „Derartige Kaufgeschäfte, wie sie nun unter den § 375 fallen, bei welchen die Menge und Beschaffenheit der von dem Verkäufer zu liefernden Gegenstände, unter Festsetzung gewisser Grundpreise nur im allgemeinen vereinbart, die näheren Bestimmungen über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse aber dem Käufer vorbehalten wird, sind namentlich in der Eisenindustrie gebräuchlich, kommen aber auch häufig in den verschiedensten anderen Industriezweigen vor.“ [4])

---

[1]) Makower, HGB. und Kommentar, spricht von Bestimmungskauf und Bestimmungsverzug.

[2]) Denkschrift zum Entwurfe eines HGB. S. 233.

[3]) Besonders im Geltungsgebiete des gemeinen Rechts.

[4]) Entsch. des RG.: Bd. 14 v. 24. 11. 1885; Bd. 26 v. 24. 6. 1889;

Die Wissenschaft beschäftigt sich erst seit kürzerer Zeit[5]) mit dieser rechtsgeschäftlichen Erscheinung. In zahlreichen Fällen haben sich jedoch Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht mit der Materie eingehend befaßt[6]) und auch zu reger Diskussion Anlaß geboten, ohne jedoch die zahlreich entstandenen Streitfragen wesentlich aufklären zu können.

Die handelsrechtliche Neuerung, die uns der § 375 nun bietet, bezieht sich im wesentlichen, wie ja auch die Denkschrift betont,[7]) auf die Pflicht des Käufers, zu spezifizieren, d. h. im einzelnen anzugeben, welche Sorte der im allgemeinen unter Einigung über die Grundpreise fest gekauften Waren er wünscht. Der Grund für diese eigenartigen Bestimmungen, die in das Handelsgesetzbuch doch nur deshalb Eingang gefunden haben, weil sie tatsächlich in der Praxis außerordentlich häufig vorkamen, liegt in den Erfahrungen des täglichen Lebens.

Der Händler z. B. wird in der Regel ziemlich sicher anzugeben vermögen, wie groß während eines bestimmten Zeitabschnittes sein ganzer Bedarf in einem Artikel sein wird; stets aber wird es von einer ganzen Reihe von äußern Umständen, oft von bloßen Zufälligkeiten,[8]) abhängen, welche bestimmten Sorten oder Formen er zu bestimmten Zeiten gebrauchen kann. Es hat sich also mit der Zeit eine Praxis im Geschäftsleben herausgebildet, die dem Verkäufer ein bestimmtes größeres Absatzgebiet und dem Käufer eine billigere Bezugsquelle eröffnet.[9])

Bd. 30 v. 27. 5. 1892; Bd. 43 v. 21. 2. 1899; Bd. 53 Entsch. des RG. bei Bolze XX Nr. 513; XVIII, 444; VIII, 494; Entsch. des ROHG. Bd. 16 v. 10. 12. 1874; Bd. 15 v. 25. 11. 1874; Bd. 22 v. 12. 4. 1877.

[5]) Zuerst Römer 1877.

[6]) vgl. Anm. 4.

[7]) Denkschrift S. 233.

[8]) Z. B. wechselnde Mode, Geschmack des Publikums.

[9]) RGE. Bd. 30 S. 29.

Und zwar wird dann ein Vertrag abgeschlossen werden des Inhalts, daß der Käufer ein bestimmtes Quantum von Waren in einer festgesetzten Frist abzunehmen verspricht, sich dafür aber vorbehält, die einzelnen Teillieferungen je nach seinem Bedarf nach ihrer besondern Form oder Sorte näher zu umschreiben. Wenn auch dieser Spezifikationsberechtigung keine Schranken gesetzt sein sollten durch eine besondere Vereinbarung, so kann doch der Käufer naturgemäß nach Treu und Glauben vom Verkäufer nur solche Formen verlangen, auf deren Beschaffung oder Herrichtung er eingerichtet ist. Er darf nicht absurde Formen wählen, deren Herstellung dem Verkäufer unmöglich wäre.[10])

§ 2.

Inhalt des Kaufvertrages und rechtliche Konstruktion.

Je nach dem Gebiete, auf dem die Spezifikationsbefugnis des Käufers liegt, hat man nun einen Unterschied gemacht zwischen einfachen und gemischten Spezifikationskäufen,[11]) wobei sich bei den gemischten Spezifikationskäufen die Spezifikationsbefugnis des Käufers auch auf die Qualität der einzelnen Teillieferungen erstreckt, während es sich bei den einfachen Spezifikationskäufen nur um nähere Bezeichnung der Formen und Dimensionen der quantitativ und qualitativ fest bestimmten Waren handelt.

Im Falle des komplizierten Spezifikationskaufs, wie das Reichsgericht die gemischte Art bezeichnet, muß der Käufer zu dem dem Vertrage zugrunde liegenden Grundpreise für

---

[10]) vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 16 S. 205.

[11]) Endemann I S. 939.

die besseren Qualitäten bestimmte Überpreise zahlen, deren Höhe sich nach einer Überpreisskala richtet. Diese Überpreisskala wird entweder für den einzelnen Fall vereinbart, oder aber der Käufer unterwirft sich der Überpreisskala des Verkäufers oder seiner Fabrikationskonvention.[12]) Diese Unterwerfung unter die Überpreisskala des Verkäufers nimmt das Reichsoberhandelsgericht[13]) in dem Falle ohne weiteres für stillschweigend geschehen an, daß sich die Vereinbarung nur auf die Grundpreise bezieht.

Eine andere Unterscheidung findet sich in der Schrift von Dormitzer: Der Spezifikationskauf. Dormitzer unterscheidet zwischen Formen- und Sortenspezifikation und will event. eine mögliche Vereinigung beider als komplizierten Spezifikationskauf gelten lassen.[14]) Dormitzer gibt aber selbst zu, daß die ganze Unterscheidung nur eine terminologische Bedeutung habe.

Jedenfalls kommt für die heutige Praxis diese Unterscheidung zwischen verschiedenen Fällen des Spezifikationskaufs, deren Berechtigung auch schon vor Einführung des neuen Handelsgesetzbuches Oertmann bestreitet,[15]) wohl weniger in Betracht,[16]) zumal es oft schwer sein wird, den einzelnen Fall mit Bestimmtheit in die eine oder andere Gruppe einzugliedern.[17])

Nach altem Recht, das die Frage nicht geregelt hatte, lag es vielleicht nahe, bei der Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Spezifikationskaufs derartige Unterscheidungen

---

[12]) RGE. Bd. 30 S. 29.

[13]) Entsch. des ROHG. Bd. 19 S. 402.

[14]) Dormitzer S. 12.

[15]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 85 S. 215. Auch Hirsch (S. 162) hält die Unterscheidung für grundlos.

[16]) RGE. Bd. 30 S. 29.

[17]) A. M. Weber S. 17.

zu machen. Heute aber, nachdem die Materie im Handelsgesetzbuch ihre Regelung gefunden hat, und zwar ohne Rücksicht auf einfache oder komplizierte Fälle, erübrigt wohl eine derartige Unterscheidung. Wir können uns also heute wohl unbestritten Oertmanns Meinung anschließen, daß es sich stets um ein einheitliches Kaufgeschäft handle, wenn bei einem Kaufvertrage dem Käufer nähere Bestimmungen über die zu liefernde Kaufsache vorbehalten seien.

Eine andere Frage ist es nun, welcher Art denn die vorbehaltenen Bestimmungen sein müssen. Das Handelsgesetzbuch spricht von Form, Maß und ähnlichen Verhältnissen. Was ist nun aber unter dem letzteren Sammelbegriff: „ähnliche Verhältnisse" zu verstehen?

Denkbar wäre der Fall, daß die Gesamtgröße der Lieferung bestimmt, der nähern Entscheidung des Käufers aber anheimgegeben wäre, die besonderen Daten der einzelnen Ratenlieferungen festzusetzen. Würden auf eine derartige Abmachung die Regeln des § 375 HGB. anzuwenden sein? Oertmann[18]) verneint wohl mit Recht diese Frage, indem er ausführt, die in diesem Falle vorbehaltene nähere Bestimmung beziehe sich nicht auf den Inhalt der Leistung.

Ebenso verhält sich das Reichsgericht[19]) ablehnend, während auf der andern Seite Lehmann[20]) die Meinung vertritt, daß auch Lieferungszeit und Erfüllungsort unter diesen Begriff zu fassen seien. Dieser Standpunkt findet sich auch in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts.[21])

In jedem Falle aber werden sich die Abmachungen der Parteien noch über einen Punkt erstrecken; es bleibt nämlich

---

[18]) Archiv f. zivil. Praxis Bd. 85 S. 204.
[19]) Bolze Bd. 6 552.
[20]) Lehmann-Ring Note 2 zu § 375.
[21]) Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 303.

noch die Notwendigkeit, den Zeitpunkt zu bestimmen, an dem der Käufer die Spezifikation vorzunehmen hat.

Dabei besteht zunächst die Möglichkeit, daß eine Frist zu diesem Zwecke gesetzt ist, die entweder im Vertrage vereinbart, oder dem Belieben des Käufers überlassen ist. Im letztern Falle wird es aber doch noch nötig sein, einen Termin zu bestimmen, bis zu dem spezifiziert sein muß, damit sich der Verkäufer mit seiner Lieferung und der Bestellung seiner Vorräte danach richten kann. Denn wenn es sich z. B. um die Lieferung einer bestimmten Menge Eisen, abzunehmen in der Zeit von einem halben Jahre, handelt, muß doch die Spezifikation so zeitig vorgenommen werden, daß der Verkäufer auch imstande ist, noch vor Ablauf der halbjährigen Frist zu liefern.

Andernfalls, d. h. wenn kein Termin bestimmt sein sollte, müßte die Entscheidung, wann zu spezifizieren sei, sich „nach den Umständen oder der Absicht der Parteien" richten.[22])

Sollte jedoch auch daraus eine sichere Entscheidung sich nicht herleiten lassen, so könnte nach den Vorschriften des § 271 BGB. der Verkäufer verlangen, daß der Käufer die Spezifikation sofort treffe.

Über die rechtliche Konstruktion des Spezifikationskaufs herrscht auch nach der Entstehung des neuen Handelsgesetzbuches noch Streit.

Nach Cosack[23]) handelt es sich um einen unbedingten Kauf über Gattungssachen mit Wahlrecht des Käufers.

Dieser Ansicht Cosacks tritt Berndorff[24]) entgegen, indem er ausführt, daß mit der Natur der Gattungsschuld das Wahlrecht des Gläubigers, d. h. die Auswahl des In-

---

[22]) Entsch. d. ROHG. Bd. 16 205; Bolze VIII, 494.

[23]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 211, V.

[24]) Berndorff, Die Gattungsschuld § 13 S. 99.

dividuums aus der Gattung, unvereinbar sei. Bei der Spezifikation konkretisiere sich das Schuldverhältnis keineswegs auf eine Spezies, denn der auf 50 Zentner Drahtstifte vom Käufer spezifizierte Kauf bleibe ebensogut Gattungskauf, wie der auf 50 Zentner Roheisen lautende ein Gattungskauf war. Der einzige Unterschied bestehe in der nähern Präzisierung des Leistungsgegenstandes.[25])

Hirsch[26]) konstruiert den Spezifikationskauf als ein „einheitliches Geschäft mit alternativer Leistungspflicht des Verkäufers". — „Allerdings ist zuzugeben, führt Hirsch aus, daß das Wahlrecht des Käufers, sofern den Gegenstand desselben nur die Form der Ware bildet,[27]) an recht enge Grenzen gebunden ist. Aber immer ist bis zur definitiven Bestimmung der Ware nach allen Richtungen hin eine Wahl erforderlich, und dieser Umstand reicht aus, um den Kauf als alternatives Geschäft erscheinen zu lassen, wenn auch der Stoff der Ware von vornherein feststeht."

Gegen Hirsch wendet sich Oertmann[28]) mit folgenden Darlegungen: Beim Alternativkauf handle es sich doch immer um mindestens zwei alternativ bestimmte, voneinander verschiedene species. Der Spezifikationskauf beziehe sich aber einmal auf eine bestimmte Qualität und dann auf eine bestimmte Ware (z. B. Eisen),[29]) es handle sich nur noch um die Bestimmung von Form oder Maß. Mit Cosack und Crome will auch Oertmann den Spezifikationskauf als Gattungskauf angesehen wissen.

---

[25]) Wie Cosack definiert auch Crome II S. 44 den Spezifikationskauf als Gattungskauf.

[26]) Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug S. 161.

[27]) Hirsch spricht im Zusammenhange über eine Entsch. d. ROHG.

[28]) Im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 85 S. 215.

[29]) Dieselbe Entscheidung findet sich auch ROHG. Bd. 22 S. 6.

Mit denselben Gründen, die Oertmann geltend macht, wendet sich übrigens auch das Reichsgericht in einer Entscheidung gegen die Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts, das [30]) den Spezifikationskauf als alternatives Geschäft behandelt hatte.[31])

Jedenfalls liegt aber, wie auch schon Oertmann in seinen gegen Hirsch gerichteten Ausführungen betont, ein perfekter Kaufvertrag [32]) vor, wenigstens kann darüber wohl nach neuem Handelsrecht kein Zweifel mehr bestehen.[33])[34])

Aber auch vor der endgültigen Regelung der Materie durch § 375 HGB. hat das Reichsgericht in einer ganzen Reihe von Entscheidungen diese Ansicht vertreten,[35]) und auch das Reichsoberhandelsgericht[36]) hat so entschieden.

Während dieses aber im komplizierten Spezifikationskauf eine Mehrheit von Käufen erblickt, bei welcher sich durch die Erklärung des Käufers entscheiden soll, welcher Kaufvertrag mit bestimmter Ware und bestimmtem Preise zur Geltung kommen solle,[37]) vertritt das Reichsgericht die Einheitlichkeit des Vertrages für alle Spezifikationskäufe ohne Unterschied.

---

[30]) z. B. in der Entscheidung Bd. 18 S. 48—49; doch weist auch ROHG. Bd. 22 S. 6 diese Auffassung ab.

[31]) Entsch. d. RG. Bd. 29 6.

[32]) vgl. Seufferts Archiv 41 S. 322.

[33]) Staub S. 1311.

[34]) Planck II S. 390 Note 2b zu § 651 bestreitet, daß es sich überhaupt um einen Kauf handle. Der Spezifikationskauf werde regelmäßig als Werklieferungsvertrag zu behandeln sein. Planck steht mit dieser Ansicht allein. So umstritten das Wesen des Spezifikationskaufs auch stets gewesen ist, als Kauf ist er doch immer behandelt worden. Im neuen HGB. bezeichnet zudem § 375 den Spezifikationskauf ausdrücklich als Kauf.

[35]) RG. X, 97, XIV, 243, XXX, 2, XXX, 26, XXX, 101.

[36]) ROHG. XIV, 41, XVI, 204.

[37]) Staub S. 1311; ROHG. XVIII, 48.

Das Reichsgericht[38]) führt aus, daß es gleichgültig sei, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, oder ob sie auch den Stoff betreffe. Beide Arten von Bestimmungen stellten Merkmale fest, die die Ware haben solle.

In Übereinstimmung mit dieser Ansicht des Reichsgerichts befindet sich Oertmann,[39]) wenn er behauptet, in allen Fällen der Spezifikation sei nichts als ein einheitliches Kaufgeschäft zu erblicken und zwar ein Genuskauf, bei welchem dem Käufer nur eine nähere Individualisierung nach bestimmten Richtungen hin zugestanden sei. Aus diesem Grunde hält Oertmann auch die Unterscheidung in einfache und komplizierte Fälle für müßig.

Daß das Handelsgesetzbuch selbst den Spezifikationskauf als einheitliches Geschäft angesehen wissen will, erhellt auch daraus, daß es den Käufer ausdrücklich zur Vornahme der Spezifikation verpflichtet, also in der Spezifikation keine Nebenabrede sieht, sondern ein essentiale negotii,[40]) ein wesentliches Merkmal des Kaufs nach § 375 HGB.

§ 3.

Das Wesen des Spezifikationsverzuges.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufs liegt nicht nur in seinem Wert für die Interessen des Käufers, sondern auch darin, daß im § 375 auch die Rechte des Verkäufers scharf betont werden. Gewiß ist es ein Recht des Käufers zu spezifizieren, im Zusammenhange des § 375 aber ist die Spezifikation in erster Linie eine Pflicht des Käufers;

[38]) Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 102.
[39]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 85 S. 215.
[40]) Denkschrift zum HGB. S. 233.

und daß der Käufer mit dieser Verpflichtung sich im Verzuge befindet, ist die Voraussetzung der Anwendung des § 375.

Von der ganzen vielumstrittenen Materie des Spezifikationskaufs ist keine Frage lebhafter umstritten worden wie die nach der Natur und den Folgen des Spezifikationsverzuges. Ein näheres Eingehen auf diese Kontroversen ist daher unvermeidlich.

Demselben wirtschaftlichen Gedanken entsprungen wie die Abnahmepflicht des Käufers, des Bestellers beim Werkvertrage, steht die Spezifikationspflicht auch in ihrem Wesen der Abnahmepflicht sehr nahe. Der Käufer, der nicht spezifiziert, vereitelt die Lieferung und macht sich selbst daher auch die Abnahme unmöglich. Nicht mit Unrecht bezeichnet daher also wohl Staub[41]) den Spezifikationsverzug als einen Fall des Abnahmeverzugs.[42]) Der lebhafte Streit über das Wesen des Abnahmeverzugs behält also auch für den Spezifikationsverzug seine gewichtige Bedeutung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das über die Abnahme Vorschriften enthält, kennt zwei Fälle der Abnahme, die in § 433 geregelte Abnahme beim Kauf und die Abnahme beim Werkvertrag. Uns kann in diesem Rahmen nur der § 433 beschäftigen.

Der § 433 verpflichtet den Käufer zur Abnahme der gekauften Sache. Die Einführung dieser Bestimmung hat lebhaften Widerspruch hervorgerufen, besonders Laband und Kohler haben sich scharf dagegen ausgesprochen.

Das gemeine Recht kannte ja diese generelle Verpflichtung des Käufers zur Abnahme nicht; ein Klagerecht auf Abnahme gibt das corpus iuris dem Verkäufer nur, wenn er an der

---

[41]) Staub S. 1312 Anm. 2.

[42]) Auch Crome (II S. 45 Anm. 34) weist auf die nahe Verwandtschaft hin.

Abnahme ein Interesse hat. Wenigstens wird allgemein die Stelle l. 9 D. 19, 1: „si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat" in diesem Sinne ausgelegt.[43])

Streitig ist zunächst schon der Begriff „Abnahme". Die herrschende Meinung erblickt mit der Kommission[44]) in der Abnahme die bloße Abnahmehandlung, das „auferre".[45]) Auf dem Boden dieser Anschauung steht auch das Reichsgericht noch in seinen jüngsten Entscheidungen.[46])

Als körperliche Wegnahme wird die Abnahme von Cosack,[47]) Crome,[48]) Planck[49]) und Lehmann[50]) definiert.

Lehmann betont gegen Rosenberg, der[51]) in der Abnahme nicht nur die Wegnahme sieht, sondern dem Verkäufer auch das Recht zubilligt, vom Käufer die Annahme der Ware als Erfüllung des Vertrages zu verlangen, die Abnahmepflicht des Käufers nach § 433 BGB. habe zum Inhalt nur die tatsächliche Wegnahme, das auferre.

Eine ähnliche Stellung wie Rosenberg nimmt auch Neumann[52]) ein, indem er ausführt, der Abnahmepflicht

---

[43]) Auch für das gemeine Recht behauptet eine Abnahmepflicht Dernburg, Pand. II S. 267, allerdings mit der Einschränkung, daß diese Verpflichtung nicht eintrete, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses ein Interesse des Käufers an der Abnahme nicht voraussehbar war.

[44]) Prot. II S. 52.

[45]) s. a. Lehmann, DJZ. 1902 S. 493.

[46]) RG. 56 S. 175.

[47]) Cosack § 148 I, 3.

[48]) Crome II S. 424; ebenso Rosenberg in Iherings Jahrbüchern 43 S. 254ff.

[49]) Planck II S. 228.

[50]) DJZ. 1902 S. 493.

[51]) In Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 257.

[52]) Neumann, Handausgabe des BGB., Berlin 1903, S. 315.

des Käufers entspreche die Klage des Verkäufers auf Abnahme und zwar auf vorbehaltlose Abnahme. Neumann identifiziert also auch Abnahme und Annahme als Erfüllung. Selbstverständlich kann in der Abnahme eine derartige Annahme als Erfüllung liegen,[53]) aber das ist doch nicht notwendig der Fall.

Abnahme und Annahme brauchen eben nicht notwendig derselbe Rechtsakt zu sein, wie Staub[54]) meint.[55]) Lehmanns Beispiel,[56]) daß bei der Entgegennahme eines Postpakets der Käufer seiner Pflicht zur Abnahme genüge, während er doch den Inhalt noch gar nicht kenne und folglich auch nicht billigen könne, schlägt Staubs Erwägungen. Die Abnahme kann nur dann die in § 363 BGB. charakterisierte Beweisverschiebung zur Folge haben, wenn der Wille des Käufers erkennbar zutage tritt, in der angebotenen Leistung Erfüllung zu erblicken.[57])

Wir kommen also zu dem Resultat, daß unter der Abnahme, die § 433 BGB. vom Käufer verlangt, die tatsächliche Wegnahme zu verstehen ist.

Daß § 433 eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme statuiert, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eigentlich klar.[58])

---

[53]) Daraus würde folgen, daß den Käufer, der die Ware als Erfüllung angenommen hat, nunmehr nach § 363 BGB. die Beweislast treffen würde, wenn er Unvollständigkeit oder ähnliches rügen will.

[54]) Staub S. 1312 Anm. 2: Annehmen und Abnehmen sind derselbe Rechtsakt.

[55]) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903, der ebenfalls Abnahme als tatsächliche Wegnahme, d. h. Übernahme in den unmittelbaren Besitz des Käufers, definiert, meint, die Abnahme als Handlung sei in der Regel von der Annahme nicht verschieden.

[56]) DJZ. 1902 S. 493.

[57]) So auch Fischer-Henle, BGB. S. 188 Anm. 1 zu § 363.

[58]) vgl. Prot. II S. 53. Es handelt sich um eine gerade beim Kauf äußerst wichtige Frage, die, wie die Spruchsammlungen der Ge-

Aber auch angesichts dieser klaren Vorschrift leugnet Kohler[59]) auch heute noch das Bestehen einer Abnahmepflicht für den Käufer. Kohler sieht in der Bestimmung des § 433 nichts weiter, als eine Befugnis des Verkäufers feststellen zu lassen, daß er seine Vertragsverpflichtungen erfüllt habe. Sei das festgestellt, so bleibe ihm noch der Rechtsbehelf der Dereliktion. Mit Kohler[60]) hat sich gegen die Statuierung der Abnahmepflicht vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch Laband ausgesprochen, der diesen weitern Rechtsbehelf des Verkäufers für überflüssig hält. Dabei übersieht er die Möglichkeit, daß die Ware zu Hinterlegung oder Selbsthilfeverkauf ungeeignet sein kann. Jedenfalls werden die Rechte des Käufers in der Mehrzahl aller Fälle nicht wesentlich beeinträchtigt, während das Interesse des Verkäufers die Statuierung einer Abnahmepflicht verlangt.[61],[62])

Es würde doch viel unbilliger sein, die Abnahmepflicht nicht gesetzlich festzulegen. In diesem Falle müßte der Verkäufer also stets die besondere (ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung nachweisen. Dieser Nachteil würde für ihn aber sehr viel unangenehmer sein als für den Käufer die Abnahme, die doch nur eine Folge des Kontraktes ist und von ihm doch vorausgesehen werden konnte.[63]) Zudem ist doch auch immer festzuhalten, daß die Bestimmung über Abnahmepflicht nur dispositiver Natur ist,[64]) daß also der

richte ergeben, häufig zu Streit und Prozessen geführt habe und daher einer Entscheidung im Gesetze bedürfe.

[59]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 13.

[60]) Gegen Kohler und Laband: Hirsch S. 297.

[61]) vgl. Prot. II S. 53: Beim Kauf werde es der mutmaßlichen Absicht der Parteien und dem Verkehrsbedürfnis entsprechen, wenn das Gesetz die Abnahmepflicht als naturale negotii anerkenne.

[62]) Mugdan, Materialien zum BGB. S. 769.

[63]) Mot. II, 318.

[64]) Crome II S. 146.

Käufer, wenn er sich durch diese Verpflichtung beschwert glaubt, immer doch auf eine entsprechende Vertragsbestimmung hinwirken kann.

Während Kohlers Ansicht,[65]) auf den Abnahmeverzug seien nur die Regeln der mora creditoris anzuwenden, denn da als „Leistung" des Käufers lediglich die Zahlung als Äquivalent für die Lieferung der gekauften Ware angesehen werden könne, gerate nur in dieser Beziehung der Käufer in Schuldnerverzug, in bezug auf Abnahme und ähnliche Verhältnisse nur in Gläubigerverzug, sich nur Romeick[66]) angeschlossen hat,[67]) besteht sonst Einigkeit darüber, daß der Abnahmeverzug in seinem innersten Wesen in erster Linie Schuldnerverzug sei.[68]) Natürlich setzt das voraus, daß die regelmäßigen Grundlagen des Schuldnerverzuges gegeben sind, die in §§ 284 und 285 BGB. geregelt sind, wonach der Schuldner in Verzug gerät, wenn er eine fällige Verpflichtung — gleichviel welcher Art — trotz Mahnung von seiten der andern Partei nicht erfüllt, und zwar infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat. Liegen diese Voraussetzungen

---

[65]) Gegen Kohler Rosenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 246 ff.

[66]) Romeick nennt die Verpflichtung zur Abnahme eine Gläubigerverpflichtung. In bezug auf diese Verpflichtung ist aber der Gläubiger doch gerade Schuldner. Gegen Romeicks Ansicht vgl. auch Urteil des OLG. Stuttgart vom 17. 10. 1902 (abgedruckt in der DJZ.); ebenso RG. 53, 162.

[67]) Neumann, BGB. Bd. 1 S. 315 Anm. 3 zu § 433 meint, Abnahmeverzug sei „gegebenenfalls" nicht nur Annahme-, sondern auch Schuldnerverzug; das richte sich aber nur nach Treu und Glauben.

[68]) Fischer-Henle S. 220: Verschuldete Nichtannahme begründe Schuldnerverzug; Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 267; Staub S. 1312/13; Cosack § 130 VI; Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 47b; Crome Bd. 2 S. 424; Paech, Der Leistungsverzug S. 26.

im einzelnen Falle also beim Abnahmeverzug vor, so befindet sich der Käufer in Leistungsverzug und muß die aus diesem sich ergebenden Folgen tragen.[69])

Wenn auch im allgemeinen über den Charakter des Abnahmeverzugs als Leistungsverzug in der Litteratur Einheitlichkeit herrscht, gehen die Meinungen über die Folgen des Leistungsverzuges für diesen Fall doch wieder weit auseinander.

Daß die allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz hier Platz greifen, wird nicht bestritten; Streit herrscht nur über die Frage, ob die Vorschriften des § 326 BGB. auch für unsern Fall Anwendung zu finden haben.

Die in § 326 geregelten Folgen des Schuldnerverzuges bei zweiseitigen Verträgen haben zur Voraussetzung, daß der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge sei. Aus dieser Fassung des § 326, aus den Worten „mit der ihm obliegenden Leistung", will Staub[70]) schließen, daß mit dieser Leistung stets nur das Äquivalent für die Leistung der Gegenpartei gemeint sei. Beim Kauf seien die beiden hier in Betracht kommenden Gegenleistungen nur Übergabe der Ware und Zahlung des Kaufpreises. Nur bei Verzug mit Erfüllung einer dieser Verpflichtungen will Staub die Vorschriften des § 326 angewendet wissen. Abnahme und ähnliche Verpflichtungen (also auch die Spezifikation) gelten Staub nur als Nebenleistungen, deren Versäumung für den Schuldner doch solch schwerwiegende Nachteile nicht nach sich ziehen dürfe. Die Abnahmepflicht sei keineswegs, weder

[69]) Crome Bd. 2 S. 424 faßt das zusammen: Der Käufer kann auf Abnahme verklagt werden und gerät durch Unterlassen der Abnahme nicht nur in Annahme-, sondern auch in Leistungsverzug.

Vom Abnahmeverzug als Annahmeverzug wird weiter unten zu sprechen sein (vgl. S. 18 ff.).

[70]) Staub S. 1308/09.

juristisch, noch wirtschaftlich, das Äquivalent für die Lieferungspflicht des Verkäufers.

Romeick, der überhaupt bestreitet, daß die Abnahmepflicht eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei, kommt naturgemäß zu demselben Resultat wie Staub. Aus denselben Gründen wie Staub lehnt auch Paech[71]) die Anwendbarkeit des § 326 für andere Fälle, als Verzug mit der „Hauptleistung", ab. Auch in der Judikatur begegnen wir der Ansicht Staubs; so schließt sich das Oberlandesgericht Stuttgart in der Entscheidung vom 17. 10. 1902[72]) dieser Meinung an. In diesem Urteil wird betont, daß die Folgen des § 326 zu schwerwiegend seien, als daß sie für die oft leichten Fälle von Abnahmeverzug angewendet werden dürften.[73])

Wenn in diesem Urteil gesagt wird, der Ausdruck Leistung lasse sich ungezwungen auf die Hauptleistung beziehen, so ist dem entgegenzuhalten, daß man dem § 326 doch keinen größern Zwang antut, wenn man unter dem Begriff „der ihm obliegenden Leistung" jede schuldnerische Leistung, also auch die Abnahme, versteht. Außerdem gibt ja Staub[74]) und mit ihm Paech[75]) selbst zu, daß in einer Reihe von Fällen das Interesse des Verkäufer-Gläubigers es dringend verlangt, daß § 326 auf den Abnahmeverzug angewendet werde. Staub meint, in diesem Falle sei eben die Abnahmepflicht keine Nebenverpflichtung. Diese Konzession erschüttert Staubs ganze Ausführungen. Er gibt also selbst zu, daß es mehrere

---

[71]) Paech, Der Leistungsverzug S. 151/52.

[72]) Mitgeteilt in der DJZ. 1902 a. E.

[73]) Ferner findet sich die von Staub vertretene Ansicht noch in einer Entscheidung des OLG. Dresden vom 11. 3. 1902 und der Entscheidung des RG. vom 9. 12. 1902 (Bd. 53 S. 161).

[74]) Staub S. 1310 Anm. 147.

[75]) Paech S. 152.

Hauptverpflichtungen geben könne, die nicht gerade Äquivalent der gegnerischen Leistung sind, deren Außerachtlassung aber dennoch die Folgen des § 326 nach sich ziehen kann. Es ist doch wohl weit bedenklicher, solche eklatanten Ausnahmen von soeben noch scharf vertretenen Regeln zu machen, als anzuerkennen, daß in § 326 alle Verpflichtungen getroffen werden sollen. Bei dieser Auslegung des § 326 tut man dem Wortlaut des Gesetzes keinen Zwang an, und auch in der Praxis wird man bei dieser Handhabung des zitierten Paragraphen nicht von der Billigkeit abweichen. Der säumige Schuldner bedarf doch keines größeren Schutzes, wie ihn der Gläubiger genießt! Denn von einer Anwendung des § 326 kann doch erst dann die Rede sein, wenn die Abnahme infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Käufer-Schuldner zu vertreten hat. Diese Ansicht ist wohl auch die der herrschenden Meinung,[76]) die auch für den Fall des Abnahmeverzugs die Regeln des § 326 angewendet wissen will.

Wie schon oben erwähnt,[77]) ist mit der Charakterisierung als Leistungsverzug das Wesen des Abnahmeverzuges noch nicht erschöpft.

Vielmehr ist im Abnahmeverzug notwendig auch Annahmeverzug enthalten. Ist einerseits der Käufer zur Abnahme verpflichtet, so hat er doch auf der andern Seite einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Lieferung und ist in dieser Hinsicht Gläubiger. Er kann also in dieser seiner Rolle als Gläubiger in Annahmeverzug geraten, wenn der Schuldner, in unserm Falle also nun der Verkäufer, ihm die verkaufte Sache anbietet, er sie aber nicht annimmt. Zum Annahmeverzug gehört also keine Schuld des Säumigen, kein vertret-

[76]) vgl. Cosack, Bürgerl. Recht I § 130, 6; Denkschrift zum HGB. S. 218; Crome II S. 425.

[77]) vgl. S. 16 Anm. 69.

barer Umstand, wie zum Schuldnerverzug.[78]) [79]) Wesentliches Erfordernis des Annahmeverzuges ist lediglich, daß die geschuldete Leistung dem Gläubiger tatsächlich angeboten worden ist.

Während der Fall wohl denkbar ist, daß die Abnahme unterbleibt infolge eines Umstandes, den der Käufer nicht zu vertreten hat, daß der Käufer sich also trotz der Nichtabnahme nicht im Leistungsverzuge befindet, ist Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug gar nicht denkbar.[80]) Gegen Rosenberg, der[81]) behauptet, der Käufer könne in Abnahmeverzug geraten, ohne daß zugleich Annahmeverzug vorliege, wendet sich Lehmann,[82]) indem er ausführt, zu den Verpflichtungen, die dem Verkäufer oblägen, und bezüglich deren der Käufer Gläubiger sei, gehöre auch die Verschaffung des Besitzes. Den Besitz könne der Verkäufer dem Käufer aber nur verschaffen, wenn dieser die gekaufte Sache auch abnehme (abnehmen = auferre). Nehme der Käufer nicht ab, so vereitele er die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers, ihm den Besitz an der Kaufsache zu verschaffen.

Da der Annahmeverzug, wie oben erwähnt, einen vertretbaren Umstand nicht voraussetzt, handelt es sich also in allen Fällen, in denen die Abnahme, gleichviel aus welchen Gründen, unterbleibt, stets um Annahmeverzug.

---

[78]) vgl. Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 135.

[79]) Nach gemeinem Recht war das bestritten. Schuld verlangen: Dernburg II S. 121 und Windscheid II § 345, 8. Anderer Meinung sind Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 409; ferner Hirsch S. 215.

[80]) vgl. Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 47; ebenso Lehmann in der DJZ. 1902 S. 493. Es ist wohl Annahmeverzug ohne Abnahmeverzug, aber nicht Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug denkbar. Ein Beispiel für Annahmeverzug ohne Abnahmeverzug ist das oben bereits angeführte Beispiel Lehmanns (vgl. S. 13).

[81]) In Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 141 ff.

[82]) In der DJZ. 1902 S. 493.

Während man nun für den Spezifikationsverzug alle bisher erörterten Gesichtspunkte ruhig gelten lassen kann, tauchen Bedenken auf, ob der Käufer, der nicht spezifiziert, auch wirklich in Annahmeverzug geraten kann. Dazu, daß der Gläubiger in Annahmeverzug gerate, ist nämlich, wie bereits oben bemerkt, Voraussetzung, daß der Schuldner dem Gläubiger die geschuldete Leistung angeboten hat. Und zwar verlangt § 294 BGB., daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werde.

Diese Realoblation, die hier verlangt wird, ist doch im Falle des Spezifikationsverzuges des Käufers ausgeschlossen, da ja zunächst die Spezifikation von seiten des Käufers erfolgen muß, bevor der Verkäufer an die Bearbeitung der Ware herangehen kann.[83])

Von der Notwendigkeit dieser Realoblation zur Begründung des Annahmeverzugs entbindet nun aber der § 295 BGB. unter gewissen Umständen den Verkäufer. § 295 sieht schon eine Verbaloblation[84]) als ausreichend an, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen, wenn nämlich zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist In diesem Falle steht dann dem Angebot der Leistung die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.[85])

Diese Bestimmungen wird man unbedenklich auch auf den Fall des Spezifikationsverzuges anwenden können, und

[83]) Rehbein II S. 138.

[84]) Rosenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 widerspricht dieser Einteilung in Real- und Verbaloblation, indem er behauptet, der Schuldner müsse die Leistung auf jeden Fall so anbieten, wie er sie zu bewirken habe. Daher genüge eben bei Holschulden ein bloße Aufforderung an den Gläubiger zum Abholen. Rosenberg will nicht fragen: „Wie hat der Schuldner anzubieten?" sondern „Was hat er anzubieten?"

[85]) vgl. Windscheid II § 345 Nr. 4a; Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 43 S. 120; Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17.

diese Anschauung haben sowohl das Reichsoberhandelsgericht wie auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen vertreten.[86])

Eine besondere Schwierigkeit gerade für den Spezifikationsverzug bietet jedoch die in § 297 BGB. enthaltene, auch von Staub ausdrücklich hervorgehobene Vorschrift,[87]) daß der Schuldner auch tatsächlich in der Lage sein müsse, die Leistung so, wie sie angeboten sei, zu bewirken. Auf Grund dieser Vorschrift hat man behauptet, der mit der Spezifikation säumige Käufer komme durch das bloße Angebot des Schuldners, die Ware nach erfolgter Spezifikation zu liefern, gar nicht in Annahmeverzug. Diese Ansicht findet sich z. B. bei Dormitzer vertreten.[88]) Dormitzer will die Möglichkeit, gegenüber einer erst fertigzustellenden Ware in Annahmeverzug zu geraten, nicht zugeben und meint, ein Verkäufer, der gar nicht wisse, was er zu liefern habe, sei gar nicht imstande, zu liefern. Nur mit fertiger Ware könne der Käufer in Verzug gesetzt werden. Ferner könne es als Voraussetzung des Annahmeverzuges nicht genügen, daß der Verkäufer bereit und imstande sei, die Ware nach erfolgter Spezifikation zu liefern, denn es sei ja überhaupt nahezu unmöglich, zu beurteilen, geschweige denn schlüssig zu beweisen, ob jemand nach erfolgter Spezifikation bereit und imstande sei, auch wirklich zu liefern.[89])

Daß der Verkäufer nach erfolgter Spezifikation in der

---

[86]) Entsch. d. ROHG. IV, 28; X, 60; XV, 45; XVII, 90; Entsch. d. RG. X, 26; XXX, 29; ebenso Schollmeyer, Schuldverhältn. S. 139 β.

[87]) Staub S. 1260 Anm. 12; vgl. auch Planck II S. 71 Anm. 6

[88]) Dormitzer S. 22.

[89]) vgl. dagegen Neumann, BGB. Bd. 1 S. 245 Anm. 2 zu § 297: „Es ist nicht erforderlich, daß der Schuldner die Ware vorrätig hat, es genügt vielmehr, daß er in der Lage ist, sich den Gegenstand ohne weiteres zu verschaffen"; ebenso RG. Bd. 50 S. 260.

Lage sein müsse, zu liefern, betont auch Dertmann,[90]) er fügt aber, im Gegensatze zu Dormitzers Ausführungen, hinzu, das werde wohl ohne große Kühnheit von einem Fabrikanten oder Händler in den fraglichen Sorten präsumiert werden dürfen und werde im übrigen auch unschwer erweislich sein (durch Zeugnis der Angestellten, Geschäftsbücher).

Diesen Standpunkt hat auch das Reichsoberhandelsgericht[91]) vertreten, das ausführt, es könne nicht anerkannt werden, daß die Möglichkeit, den Käufer in Annahmeverzug zu versetzen, ausgeschlossen sei, umsoweniger, als das Rechtsverhältnis nicht etwa einer beliebigen Laune seinen besonderen Inhalt verdanke, sondern den Bedürfnissen des Verkehrs gemäß und der daraus hervorgegangenen Übung entsprechend eingegangen sei. Es genüge daher, wenn der Verkäufer sich bereit erkläre, zu erfüllen; diese Erklärung sei in der Aufforderung zur Spezifikation zu finden. Eine ähnliche Entscheidung teilt Seuffert mit[92]): In der Regel sei Bereithaltung der vertragsmäßigen Ware nötig; wenn aber die Fertigstellung der Ware durch den Verkäufer noch bedingt werde durch eine vorausgehende Tätigkeit oder Erklärung des Käufers, dann genüge es, wenn der Verkäufer tatsächlich leistungsbereit sei und dies dem Käufer angezeigt habe.

Wir kommen also zu folgendem Resultat:

Für den Spezifikationsverzug gelten — genau wie für den Abnahmeverzug — die Regeln über Leistungsverzug, und zwar in ihrem vollen Umfange,[93]) sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen des Leistungsverzuges (Fälligkeit, Mahnung, Schuld) vorliegen.

---

[90]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 85 S. 227.
[91]) ROHG. XV S. 148.
[92]) Seufferts Archiv Bd. 41 S. 322.
[93]) Mit Einschluß der Rechte aus § 326 BGB.

Während beim Fehlen einer dieser Voraussetzungen Leistungsverzug nicht vorliegt, befindet sich der Käufer, der nicht spezifiziert, auf jeden Fall stets in Annahmeverzug.[94]) Genügend (und erforderlich) ist dabei die Aufforderung des lieferungsbereiten Verkäufers, die Spezifikation vorzunehmen.

§ 4.

Die Klage auf Vornahme der Spezifikation.

Wenn wir nun die Rechte betrachten, die der Verkäufer beim Spezifikationsverzuge des Käufers geltend machen kann, so folgt zunächst aus der Fassung des § 375 HGB. „der Käufer ist verpflichtet", daß dieser Pflicht des Käufers auf der anderen Seite ein Recht des Verkäufers gegenübersteht, nämlich das Recht darauf, die Erfüllung dieser Verpflichtung vom Käufer zu verlangen und nötigenfalls auch zu erzwingen.[95])

Gegen diese Auffassung wendet sich Kohler,[96]) indem er ausführt, daß die Spezifikation lediglich eine Mitwirkung zur Bewerkstellung der Leistung des Verkäufers bilde. Außerdem sei die Anstellung einer Klage auf Vornahme der Spezifikation auch äußerst unpraktisch. „Denn wer in aller Welt wird nach Eintritt dieses Artikels[97]) diesen Passus beim Wort nehmen und den Käufer auf Spezifikation verklagen! Um etwa nach einem langwierigen Prozeß glücklicherweise so weit zu sein, daß dieser als wahlverpflichtet erklärt, und bei Nichterfüllung dieser Pflicht sodann die Wahl auf den Verkäufer übergewälzt wird."[98])

---

[94]) vgl. Siber, Rechtszwang im Schuldverh. S. 47 b.

[95]) Staub Anm. 5 zu § 375.

[96]) Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern Bd. 17.

[97]) Des § 375.

[98]) Kohlers Ansicht vertritt auch das Oberlandesgericht Dresden in der Entsch. v. 3. 12. 1901 (Entsch. d. OLG. Bd. 4 S. 225). Der Ver-

Auf demselben Standpunkt wie Kohler steht auch Crome.[99]) Auch er erklärt die Erzwingung der Spezifikation für nicht empfehlenswert, gibt aber nach Einführung des neuen Handelsgesetzbuchs die Möglichkeit der Klage auf Vornahme der Spezifikation, die er früher bestritten hatte, zu.

Wenn auch in der Behauptung, die Klage auf Vornahme der Spezifikation sei unpraktisch, Kohler und Crome vielleicht recht zu geben ist, bleibt die Tatsache doch bestehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit und das Recht zur Klage hat, dafür sind die Bestimmungen und der Wortlaut des Gesetzes doch zu klar.

Ferner ist zu erwägen, daß aus dieser Spezifikationsverpflichtung neben der Klagemöglichkeit auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation für den Verkäufer folgt.[100]) Diese Schadensersatzpflicht, über die weiter unten noch zu sprechen sein wird, ist aber nichts weniger als unpraktisch.

Auch schon vor der Einführung des neuen Handelsgesetzbuches hat das Reichsoberhandelsgericht[101]) im Anschluß an die herrschende Meinung die Frage nach der Zulässigkeit der Klage auf Spezifikation bejaht.

Gegen diese Entscheidung wendet sich Crome[102]) mit folgender Darlegung: Ebensowenig wie der Gläubiger zur Annahme gezwungen werden könne, könne auch ein Zwang auf ihn ausgeübt werden zur Vornahme anderer Handlungen, die dem Schuldner die Leistung ermöglichen sollten.

---

käufer hat beim Spezifikationsverzug des Käufers nur die ausdrücklich im § 375 ihm eingeräumten Rechte, aber kein Klagerecht auf Vornahme der Spezifikation.

[99]) Crome Bd. 2 S. 45.

[100]) vgl. Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 48.

[101]) ROHG. Entsch. v. 10. 12. 1874, Bd. 16 S. 204.

[102]) Crome Bd. 2 S. 146 Anm. 10.

Dem § 375 gegenüber erkennt ja auch Crome die Klagemöglichkeit an, bezeichnet sie aber als unpraktisch.

Denselben Standpunkt wie das Reichsoberhandelsgericht vertritt auch das Reichsgericht für das Gebiet des preußischen allgemeinen Landrechts,[103]) während es für den Geltungsbereich des gemeinen Rechts zu einer gegenteiligen Entscheidung kommt.[104])

Auch Staub[105]) führt aus, daß der Verkäufer „selbstverständlich das Recht habe, auf Spezifikation zu klagen.[106]) Zum Beweise dafür, daß bei einer eventuellen Zwangsvollstreckung die Handlung auch von einem Dritten vorgenommen werden könne, und daß daher § 887 ZPO. in Anwendung kommen müsse, beruft sich Staub darauf, daß ja § 375 selbst dem Verkäufer das Recht gebe, die Spezifikation statt des Käufers vorzunehmen.[107])

Auch Oertmann[108]) gibt zu, daß, selbst wenn man (nach altem Recht) den Spezifikationskauf als Alternativobligation auffasse, die durch Zwangsvollstreckung zu erzwingende Handlung doch von einem Dritten vorgenommen werden könne, da im Zwangsvollstreckungsstadium auch bei Alternativobligationen der Übergang des Wahlrechts vorgesehen sei.

---

[103]) RG. bei Bolze VIII, 493; RG. Bd. 26 S. 213.

[104]) RG. Bd. 14 S. 245.

[105]) Staub Anm. 5 zu § 375. Auf diesem Standpunkt steht Staub nach Einführung des neuen HGB., während er früher mit Kohler dem Verkäufer das Recht zur Klage auf Spezifikation bestritten hatte.

[106]) vgl. Dernburg, BGB. Bd. 2 S. 105.

[107]) Ebenso bei der Klage auf Abnahme, die auch Staub zulassen will; auch dort wird nach § 887 ZPO. vollstreckt und nicht nach § 888, da Abnahme nicht Annahme als Erfüllung ist; a. M. Laband im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 74 S. 305.

[108]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis S. 226.

Im Anschluß an die Klage auf Vornahme der Spezifikation will Staub[109]) ferner dem Verkäufer, ebenfalls als „selbstverständlich", ein Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation geben.

Man kann Staub darin wohl zustimmen, da der § 286 BGB., auf den er sich beruft, ohne Zweifel hier wohl Anwendung finden kann. Diesen Anspruch des Verkäufers hat auch das Reichsoberhandelsgericht anerkannt.[110]) Voraussetzung für die Geltendmachung dieses Rechts ist es natürlich, daß die Spezifikation infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Käufer zu vertreten hat, daß also Leistungsverzug vorliegt, denn nur auf Grund von Leistungsverzug kann der Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB. geltend gemacht werden. Aus Annahmeverzug kann diese Verpflichtung des Käufers niemals folgen.

§ 5.

Der Übergang des Wahlrechts auf den Verkäufer.

Als weitere Folge des Spezifikationsverzuges des Käufers gestattet § 375 dem Verkäufer, „die Bestimmung statt des Käufers vorzunehmen. In diesem Falle hat jedoch der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen,

---

[109]) Staub S. 1312 Anm. 5 a. E.
[110]) ROHG. Bd. 16 S. 206.

so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend."

Der erste Satz dieser Bestimmungen, der den Übergang des Wahlrechts vom Käufer auf den Verkäufer festsetzt, hat dem lebhaften Streit ein Ende gemacht, der vor Einführung des neuen Handelsgesetzbuches diese Frage zum Gegenstand hatte. Jedenfalls war von der herrschenden Meinung stets betont worden, daß ein solcher Übergang des Wahlrechts unzulässig sei,[111]) und Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht haben diese Ansicht zum Ausdruck gebracht. So führt das Reichsoberhandelsgericht aus,[112]) der Käufer, dem die Bestimmung der Dimensionen freistehe, brauche Oblation des Eisens in einer nicht von ihm bestimmten Form als Oblation des Vertragsgegenstandes nicht anzuerkennen. Und in demselben Sinne meint das Reichsgericht,[113]) man müsse den Übergang des Wahlrechts vom säumigen Käufer auf den Verkäufer verneinen. Auf dem Boden dieser Anschauung hat das Reichsgericht nicht immer gestanden, im Urteil vom 9. 3. 1892[114]) spricht es noch eine andere Meinung aus: Es handle sich nicht um eine alternative Obligation mit Wahlrecht des Käufers, sondern um eine generische Leistung, und bei dieser sei unbedenklich dem Verkäufer das Recht zur Aussonderung zuzusprechen, wenn der Käufer im Verzuge sei.[115]) Diese Entscheidung bezieht sich allerdings auf das Geltungsgebiet des preußischen allgemeinen Landrechts,[116])

---

[111]) vgl. Windscheid II S. 417 Note 10; ferner Hirsch S. 164/65.

[112]) ROHG. Bd. 15 S. 45; ferner Bd. 18 S. 51.

[113]) RG. Bd. 30 29.

[114]) RG. Bd. 19 6.

[115]) vgl. im gleichen Sinne Entsch. des ROHG. Bd. 24 S. 33.

[116]) Für das preußische allgemeine Landrecht bejaht auch Dernburg (Preuß. Privatrecht, Halle 1897, Bd. 2 S. 70 § 29 c) die Frage nach der

das einer freieren Auffassung wohl mehr Bahn ließ wie das gemeine Recht.[117]) Für das gemeine Recht verneint auch Oertmann[118]) die Frage nach der Zulässigkeit des Übergangs des Wahlrechts auf den Verkäufer, indem er, und wohl mit Recht, darauf hinweist, daß man sich auf die Quellen doch nicht berufen könne,[119]) da die Vorschriften über das Optionslegat doch auf keinen Fall herangezogen werden könnten.[120])

Die Denkschrift[121]) begründet den zweiten Abschnitt des § 375 damit, daß der Verkäufer meist ein wohlbegründetes Interesse daran habe, daß er sobald wie möglich in den Stand gesetzt werde, die ihm aufgegebene Bestellung tatsächlich auszuführen. Denn wenn er sich auf die Anfertigung der Ware eingerichtet habe, die Arbeit aber nicht zur erwarteten Zeit vornehmen könne, so werde er unter Umständen genötigt sein, seinen Betrieb einzuschränken oder einzustellen, insbesondere, Arbeiter zu entlassen.

Dem hält Oertmann[122]) entgegen, daß der Käufer, der nun infolge der Spezifikation des Verkäufers irgend eine Quantität Waren bekomme, sehr leicht in eine äußerst unangenehme Lage kommen könne, da er vielleicht gerade für die spezifizierte Sorte keinen Bedarf habe. Dadurch, daß er sich mit alten Ladenhütern belasten lassen müsse, sei seine mora doch zu hart gesühnt. Dieser Einwand Oertmanns, der an und für sich schon die Interessen des Käufers etwas

---

Zulässigkeit des Übergangs des Wahlrechts vom Käufer auf den Verkäufer.

[117]) vgl. die Entscheidungen über Zulässigkeit der Klage auf Spezifikation S. 25 Anm. 103.

[118]) Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 85 S. 218.

[119]) A. M. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 27 Note 17.

[120]) vgl. auch RG. XXX, 29.

[121]) Denkschrift zum HGB. S. 234.

[122]) Im Archiv f. d. zivil. Praxis S. 219.

zu stark in den Vordergrund schiebt, indem er verkennt, daß der Käufer sich beim Vertragsabschlusse die eventuellen Möglichkeiten der Spezifikation vor Augen hat führen können, verliert angesichts der Bestimmungen des § 375, 2 seine Kraft. Wie wir sehen werden, sind durch diese Bestimmungen die Interessen des säumigen Käufers in der denkbar besten Weise gewahrt.

Allerdings wird man nicht so weit gehen dürfen wie Dormitzer,[123]) der es für unbedenklich und sogar sehr zweckmäßig erklärt, wenn der Verkäufer eine andere als eine der vereinbarten Sorten bestimme.[124])

Jedenfalls aber sind die Interessen des Käufers dadurch hinreichend gewahrt, daß § 375, 2 den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die von ihm getroffene Spezifikation mitzuteilen. Außerdem muß er ihm eine angemessene Frist setzen zur eventuellen Vornahme einer anderweitigen Spezifikation.

In welcher Form diese Fristsetzung geschieht, ist gleichgültig, wesentlich ist nur, daß seine Erklärung dem Käufer zugeht, da sie, nach Staub,[125]) eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Nach einer Anzahl von Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[126]) kann die Fristsetzung auch im Prozeß erfolgen — in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll oder durch Zustellung eines Schrift-

---

[123]) Dormitzer, Der Spezifikationskauf S. 28.

[124]) vgl. dazu ROHG. Bd. 24 S. 33. Dort wird verlangt, daß, vorausgesetzt, daß der Verkäufer statt des Käufers das Wahlrecht ausgeübt habe, der Verkäufer immer noch dartun müsse, daß die nunmehr angebotene Spezies dem Vertrage entspreche.

[125]) Staub zu § 374 Anm. 69 b α.

[126]) ROHG. Bd. 9 324 und 347, Bd. 11 237, 239 und 425, (Bd. 12 63; vgl. ferner Entsch. des OLG. Braunschweig vom 2. 4. 1903 Falkmann-Mugdan, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 8 40.

satzes. Nach Staubs Ausführungen gilt nach altem Brauch im Rechtsverkehr auch der Prozeßbevollmächtigte ohne weiteres als dazu berechtigt. Notwendig dagegen ist unbedingt die Erklärung gegenüber der andern Partei — persönlich oder ihrem legitimierten Vertreter.

Die Denkschrift[127]) vertritt die Ansicht, die Fristbestimmung brauche nicht zu erfolgen, wenn der säumige Käufer sich vorher bestimmt geweigert habe, zu spezifizieren; und zwar beruft sich die Denkschrift dabei auf die Judikatur. Allerdings steht das Reichsgericht[128]) auf demselben Standpunkt, wenn es ausführt, daß in der bestimmten Weigerung zur Erfüllung ein „Lossagen vom Vertrage" und ein Verzicht auf die Fristsetzung zu erblicken sei. Es könne nicht angenommen werden, daß im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt würden. Die Vorschriften über Fristsetzung (in dem Falle, der der Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde liegt, handelt es sich um die Frist aus § 326 BGB.) seien nur dispositiver Natur, würden also infolge des Verzichts aufgehoben.[129])

Wohl mit Recht wendet sich gegen diese Ansicht Staub.[130]) Staub tadelt es, daß die Denkschrift sich noch auf die frühere Judikatur berufe, wo doch § 375 HGB. die bis dahin unklare Materie dahin geregelt habe, daß er ohne jede Einschränkung von einer Fristbestimmung, also nicht nur negativ von einem Gewähren, sondern einem positiven Bestimmen spreche.[131])

---

[127]) Denkschrift zum HGB. S. 238.

[128]) RG. Bd. 51 S. 347.

[129]) Auch Neumann, BGB. Bd. 1 S. 262 *ββ* ist dieser Ansicht.

[130]) Staub zu § 374 Anm. 74 u. 75.

[131]) Das gibt auch die Denkschrift S. 237 zu; vgl. ferner die Entsch. des OLG. Hamburg vom 10. 12. 1903 (OLG. Bd. 8 439).

Staub führt dann weiter aus, auch demjenigen Kontrahenten, der sich bestimmt weigere, zu erfüllen, solle durch jene Fristbestimmung noch einmal vorgehalten werden, welche schwerwiegenden Folgen aus seinem vertragswidrigen Verhalten gezogen werden sollen.

Diese Folgen werden dem säumigen Käufer im Falle des § 375 um so schärfer vor Augen treten, als ihm ja zugleich mit der Fristbestimmung die vom Verkäufer inzwischen getroffene Spezifikation mitgeteilt wird.

Während der Fall der ausdrücklichen Verweigerung der Leistung weder im § 375 HGB., noch im § 326 BGB. vorgesehen ist, findet ein äußerlich ähnlich gearteter Fall in § 295 BGB. seine Regelung.

Der § 295 entbindet nämlich für den Fall, daß der Gläubiger sich bestimmt geweigert habe, die Leistung anzunehmen, den Schuldner von der sonst grundsätzlich statuierten Pflicht zur Realoblation als Voraussetzung des Annahmeverzugs.

Hier werden also an die Weigerung des Gläubigers vom Gesetz ausdrücklich bestimmte Rechtsfolgen geknüpft. „Ohne diese Bestimmung", so führen die Motive[132]) zur Begründung dieser Vorschrift aus, „wäre der Schuldner zu einem Verhalten gezwungen, welches meist mit großen oder geringen, dem schuldigen Teil zur Last bleibenden Aufwendungen verbunden zu sein pflegt und im Interesse keines Teiles liegt. Indem erscheint es nur billig, den Gläubiger bei seiner Erklärung festzuhalten, solange er nicht widerruft und dadurch ihre Wirksamkeit beseitigt."

Die Motive leiten also aus der Weigerung des Gläubigers nur deshalb Rechtsfolgen für den Schuldner ab, weil andernfalls dem Schuldner unbegründeterweise Nachteile erwüchsen.

---

[132]) Motive Bd. 2 S. 71/72.

So motiviert auch Crome[133]) diese Bestimmung des § 295, indem er ausführt, daß von dem Erfordernis des tatsächlichen Angebots abgesehen werde, wenn letzteres als zwecklose Zeit- und Kraftverschwendung erscheine.

Diese Voraussetzungen würden aber für unsern Fall durchaus nicht zutreffen. Gewiß soll auch hier der säumige Teil an die Folgen seiner Handlungsweise gemahnt werden, und sicherlich soll der nichtsäumige Kontrahent gegen die Nachteile des Verzuges geschützt werden. Aber es hieße doch dem säumigen Käufer eine ganz bedeutend schwerwiegende Folge aus seinem Verzuge aufbürden, die sich zudem aus keiner Bestimmung des Gesetzes herleiten läßt, wollte man dem Verkäufer nun einfach gestatten, ohne Fristsetzung endgültig statt des Käufers das Wahlrecht auszuüben. Man würde also dem Käufer, der sich angesichts der ihm mit der Fristsetzung zugleich mitgeteilten Spezifikation des Verkäufers vielleicht besinnen wird und doch noch seiner Vertragspflicht nachkommen möchte, vollkommen jegliche Möglichkeit, den Verzug zu heilen, abschneiden. Ganz abgesehen davon, ob dies im Interesse des Verkäufers liegen würde, bieten die Bestimmungen der in Frage kommenden Paragraphen nicht die geringste Unterlage für eine derartige Konstruktion.

Der § 375 verlangt, daß die dem Käufer gesetzte Frist eine angemessene sein soll, d. h. eine solche, die unter Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses und der Umstände des einzelnen Falles demjenigen, welchem die Frist bestimmt ist, billigerweise gelassen werden muß, um die Leistung zu bewirken oder die Erklärung abzugeben.[134]) Die Frage der Angemessenheit muß also nach den Umständen des Falles entschieden werden, jedoch nicht von dem Gesichts-

---

[133]) Crome Bd. 2 S. 150; ebenso Planck Bd. 2 S. 70.
[134]) Planck Bd. 2 Anm. 2 zu § 250.

punkte aus, als müsse nun dem Säumigen Zeit gelassen werden, die in Angriff genommene Erfüllung jetzt erst zu beginnen, sondern nur, um die bereits ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen.[135])

Die Meinung Paechs,[136]) es nicht einzusehen, warum der Verkäufer nicht einfach eine „angemessene" Frist ohne nähere Angabe bestimmen könne, da der Schuldner die Geschäftslage des Gläubigers doch so weit kennen werde, um sich an der Hand der ihm bekannten Tatsachen die Dauer einer angemessenen Frist selbst ausrechnen zu können, wird man nicht beitreten können. Dem Zweck der Fristsetzung, endlich Gewißheit in das unbestimmte Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer zu bringen, wird diese Auslegung des § 375 doch sicherlich nicht gerecht. Man wird vielmehr verlangen müssen, daß der Käufer durch die Erklärung des Verkäufers in die Lage versetzt werde, sich ein klares Bild davon zu machen, was der Verkäufer von ihm verlangt. Es ist daher wohl Staub[137]) recht zu geben, der die Stelle so auslegen will, daß eine Frist bestimmt werden müsse, und daß diese Frist angemessen sein müsse.

Wie aber, wenn die Frist, die der Verkäufer bestimmt hat, nicht angemessen ist? Daß es im Falle, daß die Frist zu lang bemessen war, dabei sein Bewenden hat, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Aber wenn der Verkäufer die Frist nun zu kurz bestimmt? Während nach Planck[138]) die Fristbestimmung dann einfach wirkungslos ist, und nach Cosack[139]) an Stelle der zu kurzen von Rechts wegen die

---

[135]) vgl. Entsch. des OLG. Darmstadt vom 27. 5. 1904; ebenso ROHG. Bd. 7 S. 392, 13 192. Auch Staub zu § 374 Anm. 78.

[136]) Paech S. 156.

[137]) Staub zu § 374 Anm. 77.

[138]) Planck Bd. 2 Anm. 2 zu § 250.

[139]) Cosack, BGB. Bd. 1 § 123 III.

längere, der Sachlage entsprechende, wirklich angemessene Frist tritt, muß nach Staubs Ansicht, die wohl am meisten für sich hat, der säumige Käufer der Fristsetzung widersprechen und unter genügender Begründung eine neue, angemessene Frist verlangen. So hat auch nach früherem Recht das Reichsoberhandelsgericht entschieden,[140]) und die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches verlangen keine gegenteilige Handhabung.

Ist die Frist nun fruchtlos abgelaufen, ohne daß der Käufer sich geäußert hat, so ist die nächste Folge, daß nun die Wahl des Verkäufers endgültig als maßgebend festgelegt ist. Eine nachträgliche Spezifikation durch den Käufer muß wirkungslos bleiben; der Käufer konnte bisher noch erfüllen, d. h. den Spezifikationsverzug heilen, diese Möglichkeit ist ihm aber jetzt genommen, und es tritt nunmehr die vom Verkäufer getroffene Bestimmung in Kraft.

Durch die Vorschriften über die Fristsetzung sind nun die Interessen des Käufers derartig gewahrt, daß es nun nicht mehr wie Recht ist, wenn jetzt dem Verkäufer die Mittel gewährt werden, daß er sich Gewißheit verschaffen kann.

Der Verkäufer ist jetzt imstande, die verkaufte Ware herzustellen, ist jedoch dabei an seine eigene Spezifikation, die er jetzt nicht mehr abändern kann, gebunden.[141]) Der Käufer ist zur Zahlung und Abnahme der auf die Spezifikation des Verkäufers hin hergestellten Waren verpflichtet und muß andernfalls die Folgen des Zahlungs- und Abnahmeverzugs über sich ergehen lassen, dem Verkäufer würden dann die Rechte aus § 326 BGB. zustehen.

---

[140]) ROHG. Bd. 8 127; Bolze VII, 582.

[141]) So auch Entsch. des OLG. Breslau vom 24. 6. 1901 (OLG. Bd. 3 S. 183).

§ 6.

Die Rechte aus § 326 BGB.

Im zweiten Teile des § 375 wird der Verkäufer für den Fall des Spezifikationsverzuges des Käufers ferner hingewiesen auf die Vorschriften des § 326 BGB., und es wird ihm das Recht zuerkannt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder vom Vertrage zurückzutreten.

Da aber, wie wir bereits oben gesehen haben, die Spezifikation eine Leistung im Sinne des § 241 BGB. ist, und es sich demgemäß um einen Fall von Leistungsverzug des Käufers handelt, würden die allgemeinen Vorschriften des § 326 auf jeden Fall anwendbar sein, auch wenn nicht ausdrücklich durch § 375 darauf hingewiesen wäre.

Anderer Meinung ist Staub,[142]) der, wie bereits oben erwähnt, als Voraussetzung des § 326 Verzug mit der Hauptleistung verlangt. Auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts[143]) findet sich diese Auffassung. Wenn nun das Reichsgericht meint, daß hier allerdings nicht ein Verzug des einen Teils mit der ihm obliegenden Leistung in allen ihren Teilen zu verlangen sei, daß aber auch nicht Verzug mit jeder Leistung ausreiche, so ist aus dem Wortlaut des § 326 doch nicht herzuleiten, daß gerade das Äquivalent der Leistung des nichtsäumigen Teils gemeint sei.

Staub gibt auch selbst zu, für die Anwendung dieser Vorschrift sei es „natürlich gleichgültig, ob unser Paragraph dem Verkäufer das Recht gebe oder belasse".

Der § 326, dessen Vorschriften also auf jeden Fall zur Anwendung gelangen, besagt: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im

---

[142]) Staub § 375 Anm. 12.

[143]) RG. Bd. 53 S. 163.

Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den andern Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

Die Einzelheiten über die Frist und ihre Angemessenheit sind bereits oben besprochen. Die Form des Rücktritts und die Frage der Schadensersatzforderung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen und brauchen wohl aus diesem Grunde hier nicht weiter berücksichtigt zu werden. Wesentlich ist nur, daß sich infolge des Platzgreifens des § 326, 2 BGB. die Sachlage für den Verkäufer insofern wesentlich günstiger gestaltet, als er für den Fall, daß er für die Lieferung keine besonderen Anordnungen oder Veränderungen getroffen hat, die Auswahl unter den ihm zu Gebote stehenden Rechten treffen kann, ohne dem säumigen Käufer vorher eine Frist setzen zu müssen.

§ 7.

Das Recht des Selbsthilfeverkaufs.

Während der Übergang des Wahlrechts und die Rechte aus § 326 BGB. uns als diejenigen Befugnisse gegenübertreten, die § 375 HGB. dem Verkäufer ausdrücklich zugesteht, wird von verschiedenen Seiten die Ansicht vertreten, daß mit dieser Aufzählung der Rechte des Verkäufers deren Anzahl

auch erschöpft sei. Wie Kohler und andere die Möglichkeit einer Klage des Verkäufers auf Vornahme der Spezifikation abweisen, betont auch das Oberlandesgericht Dresden in der Entscheidung vom 3. 12. 1901,[144]) dem Verkäufer ständen nur die in § 375 aufgezählten Rechte zu, dagegen keine sonstigen, aus den allgemeinen Vorschriften abgeleiteten Befugnisse.[145])

Es ist jedoch nicht einzusehen, warum § 375 so aufgefaßt werden müßte, als ob er alle allgemeinen Vorschriften außer Kraft setzen und die Materie ganz ausschließlich regeln solle. Auf den Wortlaut des Paragraphen läßt sich diese Konstruktion kaum stützen, und außerdem besteht doch die Möglichkeit, daß der einzelne Fall sich nach seinem Tatbestand nicht unter die Vorschriften des § 375 eingliedern ließe.

Beim Spezifikationsverzug handelt es sich nach unserer Konstruktion doch in der Regel um Leistungsverzug, und die Rechte, die § 375 dem Verkäufer gewährt, haben zur Voraussetzung, daß sich der Käufer in bezug auf seine Verpflichtung, zu spezifizieren, in Verzug, also in Schuldnerverzug befindet, wenn auch im Spezifikationsverzug, wie im Abnahmeverzug, Annahmeverzug notwendig mit enthalten ist.

Andrerseits ist aber auch der Fall denkbar, daß die Spezifikation unterbleibt infolge eines Umstandes, den der Käufer nicht zu vertreten hat. Es liegt in diesem Falle kein Schuldnerverzug vor, die Vorschriften des § 375 können also keine Anwendung finden. Soll aber nun der Verkäufer allein den Schaden tragen, den die Nichtausführung des übernommenen Auftrags für ihn darstellt? Sollen ihm nicht die allgemeinen Vorschriften über die Folgen des Annahmeverzuges — um einen solchen handelt es sich dann doch jeden-

---

[144]) OLG. Bd. 4 225.

[145]) Derselben Meinung ist Dormitzer S. 39.

falls — ein Mittel an die Hand geben, sich wenigstens einigermaßen zu sichern?

Daß sich als ein solches aus dem Annahmeverzug des Käufers folgendes Recht das Recht zum Selbsthilfeverkauf für den Verkäufer darstellt, gibt die Denkschrift[146]) zu, auch ohne daß es ausdrücklich im Gesetz bestimmt sei.

Diese Auffassung begegnet allerdings mehrfachem Widerspruch; besonders Windscheid tritt ihr entgegen. Windscheid führt aus,[147]) der Verkäufer könne beim Spezifikationsverzuge des Käufers die Ware nicht in der Weise weiterverkaufen, daß der neue Käufer die Bestimmung treffen solle. Wenn der Verkäufer durch den Annahmeverzug des Käufers nicht selbst das Wahlrecht erwerbe, könne er dieses Recht auch keinem andern verschaffen. Dem Verkäufer bleibe dann nichts übrig, als unter Erklärung der Bereitschaft zur Lieferung nach der vom Käufer zu treffenden Bestimmung auf den Kaufpreis oder, wenn der Kaufpreis für die verschiedenen Warensorten verschieden angesetzt sei, auf den der einen oder andern Form entsprechenden Preis zu klagen.

Daß diese Ausführungen Windscheids für die Mehrzahl der Fälle, in denen eben Leistungsverzug, worin allerdings Annahmeverzug notwendig mit enthalten ist, vorliegt, nicht zutreffen, daß vielmehr dem Verkäufer doch das Recht zusteht, die Spezifikation selbst vorzunehmen, haben wir bereits gesehen. Aber auch für den Fall, daß nur Annahmeverzug vorliegt, kann man dem Verkäufer das Recht zum Selbsthilfeverkauf nicht bestreiten. Windscheid sowohl wie Hirsch[148]) und Römer,[149]) die denselben Standpunkt ver-

[146]) Denkschrift zum HGB. S. 233/34.

[147]) Windscheid Bd. 2 S. 417 Note 10.

[148]) Hirsch S. 163 meint, es mangele die Bestimmtheit der Ware.

[149]) Römer S. 142; vgl. ferner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 23 S. 634.

treten, gehen von der Ansicht aus, Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sei ein Recht, nämlich das Recht auf Vornahme der Spezifikation, es fehle also die Ware, die der Selbsthilfeverkauf doch unbedingt voraussetzen müsse.

Gewiß setzt der Selbsthilfeverkauf wirklich vorhandene Ware voraus. In unserm Falle ist aber auch nicht das Recht auf Vornahme der Spezifikation, sondern die zu spezifizierende Ware Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs. Es ist nun aber doch nicht ausgeschlossen, so führt das Reichsoberhandelsgericht [150]) aus, daß mit dieser Ware noch eine Manipulation zum Zwecke der Übergabe vorzunehmen ist. Wenn der Verkäufer imstande ist, nach Vornahme der Spezifikation die Ware zu liefern, so ist eben eine zum Selbsthilfeverkauf geeignete Ware vorhanden.

Diese Ansicht vertritt auch Oertmann, [151]) indem er ausführt, die Ware fehle nicht, sie sei schon nach allgemeinen generischen Merkmalen bestimmt, es fehle nur noch an einer gewissen weiteren Begrenzung innerhalb der betreffenden Warengattung. Auch Oertmann betont, nicht ein Recht werde verkauft, sondern die Ware in der zu bestimmenden Gestaltung.

Natürlich kann in dem von uns angenommenen Falle des bloßen Annahmeverzugs der Verkäufer ein Recht zum Selbsthilfeverkauf nur in der Weise ausüben, daß er die Ware mit der Befugnis, zu spezifizieren, veräußert; er darf nicht etwa selbst spezifizieren und dann verkaufen. [152])

Es ist also im Gegensatz zu Windscheid daran festzuhalten, daß der Selbsthilfeverkauf im vorliegenden Falle zulässig ist, und zwar nicht trotzdem, sondern gerade weil es

---

[150]) ROHG. Bd. 22 S. 5.
[151]) Oertmann S. 232.
[152]) ROHG. Bd. 15 S. 148.

sich um einen Fall von Annahmeverzug handelt. Aus dem Annahmeverzug des Käufers resultiert eben für den Verkäufer das Recht zum Selbsthilfeverkauf der verkauften Ware. Daß es sich aber im Falle des Spezifikationskaufs um einen perfekten Kaufvertrag handelt, daß also eine verkaufte Ware vorhanden ist, wird gar nicht bestritten.

Windscheids Ansicht beruht eben auf der irrigen Voraussetzung, daß er den Grund der Befugnis zum Selbsthilfeverkauf in der Berechtigung zur Selbstvornahme der Spezifikation sucht, während sich das Recht zum Selbsthilfeverkauf doch allein aus den allgemeinen Regeln über Annahmeverzug und seine Folgen herleitet.

Es steht also, auch für den Fall des bloßen Annahmeverzugs, dem nichts im Wege, daß der Verkäufer nach den im § 373 HGB. gegebenen Bestimmungen zum Selbsthilfeverkauf schreitet.[153]) Nach den Vorschriften des § 373 ist er berechtigt, nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich versteigern zu lassen. Er kann, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus andern Gründen untunlich ist.

Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

---

[153]) Staub § 375 Anm. 16; Entsch. des RG. Bd. 37 28, Bd. 43 104.

§ 8.

Das Recht zur Klage auf Zahlung des Mindestpreises.

Von der Erwägung ausgehend, daß der Verkäufer im Falle des Spezifikationskaufs jedenfalls eine feste Forderung auf den geringsten möglichen Preis habe, den er verlangen könne, wenn der Käufer in Spezifikationsverzug gerate, hat das Reichsgericht[154]) dem Verkäufer auch noch ein Klagerecht auf Zahlung des Mindestpreises eingeräumt.

Wenn sich Windscheid hiergegen wendet[155]) mit der Behauptung, zu dem Grundpreise[156]) sei gar nichts verkauft worden, und normalerweise hätte der Verkäufer nie den Grundpreis erhalten, so entgegnet ihm Oertmann[157]) sehr richtig, daß der Verkäufer allerdings wohl nicht den Grundpreis, sondern stets mehr erhalten haben würde, daß man es aber dem Gläubiger doch nicht verwehren könne, weniger zu verlangen, als er zu fordern habe.

Auch die Denkschrift[158]) erkennt das Recht zur Klage auf den Mindestpreis an, meint aber, die Klage sei unpraktisch für den Verkäufer, der auf ungewisse Zeit hinaus immer noch zur Lieferung verpflichtet bleibt.[159])

Jedenfalls aber ist der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Ansicht recht zu geben, daß die Klage zulässig sei. Denn da im Fall des Spezifikationskaufs nur

---

[154]) RG. Bd. 30 29.

[155]) Windscheid Bd. 2 S. 417 Note 10.

[156]) Der Grundpreis wird doch stets auch der Mindestpreis sein.

[157]) Oertmann S. 228.

[158]) Denkschrift S. 234.

[159]) Auch Hirsch S. 166 will die Klage auf den Mindestpreis geben, denn so viel sei der Käufer jedenfalls schuldig.

Verbaloblation nötig ist, um den Käufer in Verzug zu setzen,[160]) und so der Käufer als Gläubiger in bezug auf die Lieferung der Ware mit der Annahme derselben in Verzug gerät, begründet dies die Fälligkeit der Kaufpreisforderung.[161])

Allerdings kann, wenn nur gegen Lieferung der Ware zu zahlen ist, nur auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware geklagt werden; doch ist dies, wie auch Staub[162]) ausführt, nur eine bloße Form, da der Kaufpreis fällig wird, wenn der Käufer bei der Erfüllung mitzuwirken hat und der Verkäufer ihm die Ware wörtlich anbietet oder ihn zu der ihm obliegenden Leistung auffordert.

Der Verkäufer kann also auch auf Zahlung des Mindestpreises klagen, d. h. desjenigen Preises, den der Käufer auf jeden Fall zahlen muß, er mag spezifizieren, wie er will.

---

[160]) s. o. S. 20; § 295 BGB.; Entsch. des RG. Bd. 43 104.
[161]) Staub § 374 Anm. 5.
[162]) Staub § 374 Anm. 5.

Spezialdruckerei für Dissertationen. Robert Noske, Borna-Leipzig.